

DECISÃO SOBRE PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 013/2022-EMAP, APRESENTADO PELA EMPRESA VIACOM NEXT GENERATION COMUNICAÇÃO LTDA – EPP.

Trata-se de pedido de impugnação ao Edital encaminhado pela empresa **VIACOM NEXT GENERATION COMUNICAÇÃO LTDA – EPP** referente ao Pregão Eletrônico Nº 013/2022 - EMAP, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços técnicos de implantação e gestão de canal externo de denúncias acessível ao público interno e externo da EMAP. Sobre a matéria prestam-se as seguintes informações e decisão:

I – DAS ALEGAÇÕES

Em suma, a Impugnante fundamenta suas argumentações em diversas resoluções, normas legais e acórdãos de Tribunais de Contas, pleiteando o que segue:

- a) Alterar a natureza do objeto, fazendo constar como o objeto licitado como serviço de Engenharia e não serviço comum, conforme demonstrado nesta impugnação e no Termo de Referência;
- b) Exigir, a fim de comprovar a qualificação técnica do licitante, os seguintes documentos:
 1. Atestado de capacidade técnica devidamente averbado no CREA;
 2. Certidão de Acervo Técnico – CAT, referente ao atestado (a CAT apresentada pela empresa licitante deverá ser do profissional responsável técnico vinculado a mesma);
 3. Certidão de Registro de Pessoa Física, comprovando que o engenheiro detentor da CAT do Atestado de Capacidade Técnico é responsável pela referida empresa;
 4. Certidão de Registro de Pessoa Jurídica, comprovando que a empresa possui registro no conselho profissional e
 5. Documento de Outorga ou Licença expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações que ateste que a licitante está autorizada a prestar Serviços de Comunicação Multimídia e Serviços de Telefonia Fixa Comutada. (Este item foi solicitado no Edital)

Ao final, solicita a alteração do edital nos pontos indicados e a publicação da versão alterada constando a nova data para abertura do certame.

II – DA ANÁLISE

Inicialmente, cabe analisar o requisito de admissibilidade da referida peça impugnatória, ou seja, apreciar se a mesma foi interposta dentro do prazo estabelecido para tal.

Cumprido esclarecer que a presente licitação reger-se-á pelas disposições do Regulamento de Licitações e Contratos da Empresa Maranhense de Administração Portuária – EMAP pela **Lei Federal nº 13.303, de 30 de junho de 2016**.

De acordo com os termos do edital, a Impugnação do Ato Convocatório deve ser apresentada, sendo observado o seguinte:

“2.1. Qualquer cidadão ou interessado poderá solicitar esclarecimentos ou impugnar o ato convocatório da licitação, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a ocorrência do certame, devendo a impugnação ser julgada e respondida em até 3 (três) dias úteis, nos termos do art. 94 do Regulamento de Licitações e Contratos da EMAP.

2.2. O pedido de impugnação deverá ser protocolizado no Setor de Protocolo da EMAP, localizado no Prédio sede da EMAP, na Avenida dos Portugueses, s/n, Itaqui, São Luís-MA, ou encaminhado para o e-mail da CSL/EMAP (csl@emap.ma.gov.br), dentro do horário de expediente da EMAP, das 08:00 às 12:00 e das 13:00 às 17:00 horas.

2.3. Se procedente e acolhida a impugnação do edital, seus vícios serão sanados e nova data será designada para a realização do certame, observado o Parágrafo Único do Art. 39 da Lei Federal 13.303/16.

2.4. A entrega da proposta, sem que tenha sido tempestivamente impugnado o presente Edital, implicará na plena aceitação, por parte dos interessados, das condições nele estabelecidas.”

Desta forma, considerando que o pedido de alteração foi encaminhado por e-mail no dia 19/05/2022, às 17:54h (dezesete horas e cinquenta e quatro minutos), o mesmo foi apresentado de forma **intempestiva**, conforme os termos editalícios.

Existem pressupostos para que se proceda à análise do mérito das impugnações e demais recursos administrativos, sendo que o não preenchimento desses pressupostos enseja a imediata rejeição. *In casu*, a impugnante não cumpriu o disposto no subitem 2.1. do edital, ao apresentar a sua peça de impugnação fora do prazo disposto no edital, bem como previsto na Lei das Estatais.

Do mesmo modo, se manifestou a área demandante, conforme se segue:

Em atenção à iteração referente à Impugnação ao Edital n.º 13/2022, registrada no ECM sob o n.º 1002-14/20830 7º, a Gerência de Compliance, enquanto setor solicitante, vem manifestar-se acerca dos termos do recurso apresentado.

De início, registre-se que se deixará de fazer qualquer manifestação acerca das questões formais do recurso, já que, para tanto, entende-se que cabe à comissão de licitação tal mister. Contudo, é preciso destacar que o inteiro teor do recurso faz menção à Lei n.º 8666, de 1993, considerando-a como norma aplicável à licitação em comento, mas desconsiderando o fato de que a EMAP se constitui como uma empresa estatal e, assim sendo, regula-se pela Lei n.º 13.303, de 2016 (Lei das Estatais), que prevê em seu artigo 59, §1º o seguinte: *“os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei”*.

Subsumindo a norma ao caso concreto, verifica-se que a Licitante ajuizou a referida impugnação em 19 de maio de 2022, às 17:54h, ou seja, há 3 (três) dias úteis contados da data da licitação e, portanto, fora do prazo legal e regulamentar, previsto também no Edital de Licitação. **Intempestivo é o recurso, portanto.**

No mérito, alega a Impugnante, em suma, que as exigências de qualificação técnica previstas no edital são genéricas, à luz do art. 30 da Lei n.º 8.666/1993, bem como em razão do fato de o serviço, em seu entendimento, configurar-se como serviço de

telecomunicações que, segundo a Lei n.º 9472, de 1977 (LGT) seriam serviços exclusivos de profissionais de engenharia. Menciona o Art. 60 da referida Lei, bem como o Art. 3º da Resolução 614 da Anatel e, por fim, o art. 1º da Lei n.º 5.194/66.

A Impugnante incorre em alguns erros que passamos a expor.

De início, novamente cita a Lei n.º 8.666/93, especificamente o art. 30 que detalha a qualificação técnica e exige “*comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...) e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos*”. Incorre em erro assim como na análise da tempestividade da sua impugnação.

A norma aplicável ao caso concreto é a Lei n.º 13.303/2016, Lei das Estatais, que impõe em seu art. 58 o seguinte:

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros: (Vide Lei nº 14.002, de 2020)

(...)

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

Pode-se dizer que não há diferença na tratativa e que, portanto, regular-se-ia a questão a partir do que a Lei Geral de Telecomunicações delimita. Trata-se, contudo, de erro de interpretação. A Lei das Estatais foi criada, após longos anos de omissão legislativa, como decorrência do disposto no Art. 173 da Constituição Federal, ou seja, criar um regulamento específico de contratações para empresas estatais, observando a diretriz máxima do regime de concorrência com as empresas privadas e a flexibilização dos termos de contratação, motivo pelo qual as próprias exigências ficam a cargo do instrumento convocatório.

Não se pode querer agora aplicar um regramento ultrapassado e que tem, em seu espírito, um outro propósito que foge, ao nosso sentir, ao espírito da lei e ao propósito normativo do legislador quando de sua criação, sob pena de, aí sim, incorrer-se em ilegalidade e, deste modo, eivar de vício o processo licitatório. Não se pode confundir o processo licitatório da Administração Pública Direta com as contratações realizadas por empresas estatais ou mesmo querer impor que os regramentos de lá, apliquem-se aqui.

Por tal razão, a Impugnação **não será conhecida**, contudo, apenas para fins argumentativos e de forma a elucidar todas as possíveis dúvidas apontadas, iremos analisar todos os pedidos.

Quanto à alegação da necessidade de alteração da natureza do objeto e do acréscimo de exigência de documentação técnica.

Argumenta a recorrente que o objeto da presente licitação diz respeito a serviços de telecomunicação, sendo, portanto, de atribuição exclusiva dos profissionais de engenharia, nos termos da Lei nº 9.472, de 1977 e a Resolução 614, de 28 de maio de 2013.

Em consequência, alude que se faz necessária, ainda, a reforma do edital para fazer constar como documentos obrigatórios a Certidão de Acervo Técnico – CAT (a CAT apresentada

pela empresa licitante deverá ser do profissional responsável técnico vinculado a mesma) e, também, a Certidão de Registro de Pessoa Física, comprovando que o engenheiro detentor da CAT e do Atestado de Capacidade Técnico, é responsável pela referida empresa.

Ocorre que, ao contrário do alegado pela reclamante, a natureza do objeto visado não se refere a de telecomunicação, conforme manifestação pela área técnica responsável pela elaboração do Termo de Referência:

Em um segundo ponto, indica que o serviço teria natureza de serviço de telecomunicação, mencionado alguns artigos que, no seu entender, seriam aplicáveis. Contudo, a Impugnante, ainda que cite o art. 60 da Lei Geral de Telecomunicações, esquece de mencionar o Art. 61 que trata dos “serviços de valor adicionado” que em nada se confunde com os serviços de telecomunicações, por assim dizer. Vejamos o que diz o art. 61:

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

Nessa mesma linha afirma a Resolução mencionada pela própria Impugnante:

Art. 4º. (...)

XVIII Serviço de Valor Adicionado (SVA): atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações;

Trata-se de uma dupla classificação/definição dos serviços. De um lado os serviços de telecomunicações, de outro os serviços de valor adicionado que em nada se confundem com o primeiro, como a própria lei afirma.

A literatura e a jurisprudência já têm se manifestado sobre isso e consideram que “aplicações de internet como Skype, WhatsApp, Youtube, Netflix, etc., conhecidas como Serviços Over-the-Top (OTT) são enquadrados no direito brasileiro dentro da categoria de Serviços de Valor Adicionado”¹ e, assim, “os serviços OTT, redutíveis ao conceito de SVA constituem uma categoria que abrange todo e qualquer conteúdo, aplicativo e serviço que seja acessado por usuários finais por meio da internet e que sejam prestados por um agente de mercado que não detém o controle da respectiva rede de telecomunicações”², e o julgado continua:

A consequência dessa diferenciação é que as aplicações de internet constituem meros usuários dos serviços de telecomunicações, estando, portanto, fora do âmbito de incidência da LGT e da própria Lei de Interceptações Telefônicas (Lei nº 9.926/1996) [...]”

¹ STF - MS: 38189 DF 0060101-79.2021.1.00.0000, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/09/2021, Data de Publicação: 14/09/2021

² FERNANDES, Victor Oliveira. Regulação de Serviços de Internet: desafios da regulação de aplicações Over-The-Top (OTT) , Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 154 e 161)

Acrescente-se, a título de esclarecimento, que a presente contratação não se trata da criação de um serviço de telecomunicação aos moldes de um data center ou mesmo de um call center, como mais comumente conhecido. Para fins de esclarecimento, o serviço não tem por finalidade o gerenciamento de telecomunicações, mas sim a prestação de serviços de compliance, através do gerenciamento de canais de denúncia que alcançam e-mails, atendimento de telefone, gerenciamento de aplicativos, etc.

Como a própria Resolução aponta, tratam-se de serviços que tem nos serviços de telecomunicação um suporte, mas com ele não se confunde e, assim sendo, não impõe a exigência de um profissional da área de engenharia.

Por fim, para que não haja mais qualquer dúvida, referencia-se, ainda, ao Manual de Fiscalização e Legislação do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Estado de São Paulo (CREA-SP) que detalha as atividades realizadas por profissionais de comunicação e telecomunicações:

Tecnologia de Comunicação e Telecomunicações	
Instalações, equipamentos, dispositivos e componentes da engenharia de comunicação e telecomunicações	De mecânica fina
	Eletrônicos
	Magnéticos
	Ópticos
	Elétricos
	Sistemas
	De Cabeamento Estruturado
	De Fibras Ópticas
	Monitoramento de impactos ambientais causados por equipamentos eletrônicos e telecomunicações

Isto posto, entende-se que não merece prosperar a Impugnação, seja porque é intempestiva e, por si só, inadmissível, ou porque, no mérito, não tem procedência, no entender dessa gerência.

Assim, com base na manifestação da unidade técnica responsável pela elaboração do Termo de Referência, em que pesem as alegações da Recorrente, não merecem acolhimento as alegações da Impugnante.

III – DA DECISÃO FINAL

Diante do exposto e pelas razões aqui apresentadas, **NÃO SE CONHECE**, em razão da intempestividade, para no mérito julgar **IMPROCEDENTE** a impugnação interposta pela

empresa **VIACOM NEXT GENERATION COMUNICAÇÃO LTDA – EPP**, não havendo necessidade, nos pontos aqui apresentados, de reformulação do Edital.

São Luís/MA, 23 de maio de 2022.

Maykon Froz Marques
Pregoeiro da EMAP